

Os Contratos de Transporte de Pessoa e de Seguro no Novo Código Civil

SERGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ

Vamos hoje tratar de dois contratos da maior relevância social, política e econômica. Talvez não existam outros que possam competir com eles.

Quanto à importância do contrato de transporte, bastaria lembrar que, no Brasil, diariamente, são transportados cerca de quarenta milhões de passageiros de casa para o trabalho e do trabalho para a casa, através de ônibus, trens, metrô etc. Isso evidencia que o transporte coletivo é, realmente, um instrumento fundamental para o Estado moderno cumprir suas missões sociais e econômicas. Uma greve nesse setor, literalmente, paralisaria o país. Lembremos que tempos atrás, uma simples greve de caminhoneiros chegou a abalar, de certa maneira, o governo.

Quanto ao transporte aéreo, todos sabemos que é um grande aproximador de países, dos povos, das pessoas, das cidades e um extraordinário fomentador de negócios, circulador de riquezas. Segundo as estatísticas, no ano de 1999 cerca de dois milhões e meio de pessoas entraram no Brasil via aérea e outras tantas saíram.

Não obstante essa relevância econômica, social e jurídica, o contrato de transporte não mereceu sequer uma referência no Código de 1916. Por que isso? Já se ressaltou que o Projeto do Código de 1916 foi elaborado por Clóvis Beviláqua na última década de 1800, em 1890, quando o transporte coletivo era ainda incipiente, sequer existente. A história do transporte coletivo começou literalmente no tempo da Maria Fuma-

ça, as locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte coletivo. Dizem que as primeiras locomotivas desenvolviam a espantosa velocidade de 6km/h. De 6km/h, passou-se para 12km/h, 20km/h, 60km/h, 120km/h até chegar aos trens-bala, que ainda não chegaram ao Brasil, aos aviões e até mesmo aos supersônicos.

Enquanto o Projeto de Clóvis Beviláqua dormitava no Congresso por quase trinta anos, o transporte coletivo não parou; ao contrário, as rodas giravam e cada vez mais rapidamente. Tanto é que foi necessário editar uma lei especial para disciplinar o transporte coletivo, antes mesmo de entrar em vigor o Código Civil. Refiro-me ao Decreto nº 2.681, de 1912, que se tornou conhecido como a Lei das Estradas de Ferro. Tenho para mim que o Código Civil não fez referência ao contrato de transporte porque o legislador dele se esqueceu, preocupado com as questões do Congresso, olvidando-se que o mundo aqui fora não havia parado; antes pelo contrário, as rodas estavam rodando e cada vez mais rápido. É isso que ocorre quando há um distanciamento entre a lei e o fato, ou melhor dizendo, quando o legislador está alheio ao fato. Pode também ter ocorrido que o legislador imaginou que a Lei das Estradas de Ferro já teria suficientemente disciplinado a questão, sem prever que outros meios de transporte haveriam de surgir e, por isso, deixou o contrato de transporte apenas com a disciplina que recebera da Lei das Estradas de Ferro.

O certo é, porém, que as rodas continuaram rodando e outros meios de transporte foram surgindo. Por isso, tor-

Palestra proferida no Seminário realizado em 10.05.2002.

nou-se necessário aplicar, por analogia, a Lei das Estradas de Ferro aos demais meios de transporte à medida em que foram surgindo: bonde, ônibus etc. Dessa forma, essa lei, que reputo uma das mais antigas ainda em vigor, conseguiu sobreviver por quase um século. A doutrina e a jurisprudência fizeram com a Lei das Estradas de Ferro aquilo que Bourlanger denominava de “poder de rejuvenecimento da lei”, poder que consiste em fazê-las viver segundo ou atendendo às exigências do tempo presente. Na realidade, se quisermos ter uma idéia do poder criativo da doutrina e da jurisprudência basta estudar o desenvolvimento da interpretação e da aplicação que foi dada à Lei das Estradas de Ferro.

Entrando em vigor o novo Código Civil, pelo menos dois efeitos curiosos irá produzir em relação ao contrato de transporte. Em primeiro lugar, irá revogar uma das mais antigas leis em vigor, que é a lei das Estradas de Ferro. Tal lei sobreviveu à Constituição de 1988 e ao próprio Código de Defesa do Consumidor, dado o avanço da disciplina que ela estabeleceu. Em segundo lugar, o Código irá disciplinar e incluir no seu texto um contrato que não é novo; ao contrário, é mais antigo do que o próprio Código que irá revogar. Por isso, na realidade, não encontraremos inovações na disciplina do novo Código com relação ao contrato de transporte. O Código está, tão-somente, positivando, estabelecendo na lei, aquilo que foi sendo criado, desenvolvido e cristalizado pela doutrina e jurisprudência ao longo de quase um século. O novo Código está em perfeita sintonia com a doutrina e a jurisprudência que nesse período se firmaram.

Destacaria, inicialmente, o artigo 730 do novo Código Civil que, ao disciplinar o contrato de transporte, ressaltou um dos seus elementos, que seria até desnecessário, mas que passou a ter relevância por aquilo que vamos enfatizar. “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar de um lugar para o outro, pessoas ou

coisas”. Todos sabem que o contrato de transporte, além de bilateral, é oneroso, ou seja, exige uma contraprestação. Contudo, surgiu ao longo desse período a discussão acerca da responsabilidade do transportador no caso do chamado contrato gracioso, ou transporte gratuito. Foi uma longa discussão, que acabou gerando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consagrada na Súmula 145. Pois agora o entendimento cristalizado na doutrina e na jurisprudência passou a ser disposição expressa do artigo 736, que diz respeito ao contrato gratuito: “Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente por amizade ou cortesia”. Foi necessário repetir isso aqui porque houve um tempo em que se queria enquadrar, aquele que transportava gratuitamente, nas mesmas regras de responsabilidade do transportador que tem como elemento do contrato o recebimento da contraprestação.

O parágrafo único do artigo 736 nada mais faz do que repetir a distinção que a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram entre o contrato puramente gratuito e o aparentemente gratuito. O parágrafo único dispõe: “não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagem indireta”. Bastará qualquer tipo de vantagem, como, por exemplo, no caso de o empregador que transporta o empregado, o idoso ou o estudante que têm passe gratuito. Nessas hipóteses alguém está pagando a conta, não sendo esse contrato essencialmente gratuito, só podendo ser assim considerado aquele que, segundo o Código, é feito por amizade ou cortesia.

Um ponto que me pareceu importante é o artigo 731 do novo Código Civil. Quando entrou em vigor o Código do Consumidor, surgiu uma questão bastante interessante. O CDC estabelece indenização ilimitada. Contudo, o Código Brasileiro da Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia estabelecem indenização tarifada, limitada, para o transporte aéreo. A questão que se colocou foi esta: o

transportador aéreo, sem dúvida, é um prestador de serviços e, no caso de responsabilidade, estaria ele sujeito a pagar uma indenização ilimitada, como previsto no CDC, ou uma indenização limitada, como previsto na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro da Aeronáutica? Desde o primeiro momento sustentei, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que os tratados e convenções, no nosso país, não são supraleis, não são leis constitucionais, não estão acima das leis ordinárias mas no mesmo plano delas. Essa foi uma questão longamente debatida no STF, que acabou entendendo dessa maneira, havendo, hoje, disposição expressa na Constituição (art. 105, III, a). Quando qualquer decisão contrariar tratado ou convenção internacional o recurso cabível não é o extraordinário, mas sim o especial. Se tratado fosse lei constitucional, o recurso deveria ser o extraordinário, e não o especial. Hoje, portanto, por expressa disposição constitucional, não há dúvidas de que o tratado está no mesmo plano da lei ordinária. Sendo assim, evidentemente, deveria prevalecer o Código de Defesa do Consumidor por ser a lei mais nova. Essa questão foi muito discutida no Superior Tribunal de Justiça que, inicialmente, se inclinou pela prevalência da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro da Aeronáutica. Entretanto, o STJ mudou o seu entendimento, e nas últimas decisões, de alguns anos para cá, tem decidido que o Código do Consumidor prevalece em relação à Convenção de Varsóvia.

Esse entendimento estará consagrado no artigo art. 732 do novo Código Civil: “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, *desde que não contrariem as disposições deste Código*, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”. Lendo esse dispositivo na ordem direta, teríamos: aos contratos de transporte em geral, são aplicáveis, quando couberem, os tratados e convenções internacionais, *desde que não contrariem esse Código*. Equivale dizer que se houver alguma contrarie-

dade entre as disposições do Código e qualquer disposição de tratados ou convenção internacional, deverão prevalecer as disposições do Código Civil, o que me parece estar em perfeita harmonia com a nossa Constituição e com o entendimento jurisprudencial, não só do STF como também do STJ. De sorte que, conforme as novas disposições do Código Civil, essa questão estará, no meu entender, superada.

O artigo 733 do novo Código Civil trata do transporte cumulativo, ou seja, aquele em que mais de um transportador se encarrega de fazer o transporte em percursos diferentes. Por exemplo: um transporta até Portugal e outro pelo restante da Europa. Nesses contratos cumulativos, o Código estabeleceu uma regra em relação à responsabilidade civil que não é a da solidariedade. Diz que “nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas. Conseqüentemente, não haverá responsabilidade solidária. No entanto, e aí não entendi bem o porquê, no artigo 756 do novo Código Civil, quando tratou do transporte cumulativo de mercadorias, o legislador estabeleceu a responsabilidade solidária. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente. A diferença de disciplina talvez tenha por causa não ser possível determinar-se com precisão em que percurso ocorreu o dano, o que não se verifica no transporte de pessoas. Certo é que o legislador fez essa distinção entre o transporte cumulativo de mercadoria e transporte cumulativo de pessoas, atribuindo a responsabilidade solidária àquela modalidade, e não a atribuindo quando se tratar de transporte cumulativo de pessoas.

O artigo 734 do novo Código Civil disciplina a responsabilidade civil do transportador. Essa matéria passou por várias fases. A Lei das Estradas de Ferro estabelecia responsabilidade civil objetiva para o transportador em relação

ao passageiro. Em relação ao pedestre, àquele que não era passageiro, a responsabilidade era subjetiva (art. 159 do CC). Com a Constituição de 1988, que estabeleceu responsabilidade objetiva também para o prestador de serviço público, o transportador passou a ter responsabilidade objetiva também em relação a terceiro. Veio o Código de Defesa do Consumidor e estabeleceu responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, quer com relação ao contratado, quer com relação ao consumidor direto como em relação ao consumidor indireto. Só aí passamos a ter uma responsabilidade unificada do transportador com relação não só ao passageiro como também em relação ao terceiro.

O novo Código Civil, no seu artigo 734, praticamente consolidou esse entendimento jurisprudencial, estabelecendo a seguinte regra: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas (evidentemente somente em relação ao passageiro) e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Nesse dispositivo temos várias questões importantes. Em primeiro lugar, trata-se, inquestionavelmente, de responsabilidade objetiva em relação ao passageiro e aqui está a cláusula de incolumidade enquadrada pelos juristas franceses quando procuraram construir uma nova responsabilidade para o transportador. No meu entender, o que temos aqui é a cláusula de segurança, expressa no Código de Defesa do Consumidor. Quem se dispõe a prestar serviços que causam riscos ao passageiro ou a terceiros, fica obrigado a prestá-lo com segurança, tendo que garantir a incolumidade de quem quer que seja. O Código consagrou o que já estava estabelecido desde a Lei das Estradas de Ferro.

Destacamos em segundo lugar que o dispositivo em exame estabelece claramente a nulidade de qualquer cláusula excludente de responsabilidade. Isso foi uma criação da doutrina, depois

da jurisprudência e, finalmente, essa vedação está expressa no Código de Defesa do Consumidor. Qualquer cláusula que reduza a responsabilidade é plenamente nula. Essa disposição estará, agora, no novo Código Civil.

Temos também aqui o princípio da indenização ilimitada, que embora não escrito no *caput*, o depreendemos do parágrafo único, que diz: “É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. Como se vê, o Código somente admitiu fixar limite da indenização no que diz respeito à bagagem. A **contrario sensu**, não há limite indenizatório em relação ao passageiro. Como não poderia deixar de ser, haverá harmonia entre o novo Código Civil e o do Consumidor. Seria muito ruim se o Código Civil permitisse uma limitação tendo o Código do Consumidor estabelecido como princípio, como direito fundamental do consumidor, a plena indenização ou a reposição ilimitada. Mesmo em se tratando de bagagem, a limitação terá que ser feita com base numa declaração do valor da própria bagagem.

O artigo 734, ao primeiro exame, permite concluir que a responsabilidade do transportador somente seria excluída pela força maior. Alguns dias atrás, conversando com uma ilustre civilista, ela me disse que o Código Civil estaria à frente do Código de Defesa do Consumidor porque somente excluiria a responsabilidade do transportador no caso de força maior. É o que está disposto no artigo 734 do Código Civil. Todavia, o Código disciplinou a responsabilidade do transportador em mais de um artigo e não apenas em um único dispositivo.

A seguir temos o artigo 735 que trata do fato de terceiro. E aqui o Código nada mais fez que positivizar a antiquíssima súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” Isto não é novidade, repetimos, porque a Súmula

187 já dispunha assim. Todavia, o código fala em culpa de terceiros. Fato culposo de terceiro não exclui. Mas a questão é: e o fato doloso de terceiro? Não podemos, evidentemente, equiparar dolo e culpa. O fato culposo de terceiro pode ser, perfeitamente, incluído naquilo que muitos autores chamam de *fortuito interno*. Faz parte do risco do negócio do transportador. Mas quanto ao fato doloso de terceiro (como, por exemplo, o assalto e, agora, verdadeiros ataques a ônibus, que são feitos quando a polícia mata alguém no morro e os bandidos descem para queimar os ônibus), pode-se imputar ao transportador o dever de indenizar se alguém ficar ferido em uma manifestação dessa natureza? Então aí temos o fato doloso de terceiro. Parece-me que continuaremos com a mesma doutrina, com a mesma jurisprudência e com a mesma controvérsia que até aqui se travou. Há aqueles que entendem, como eu, que o fato doloso de terceiro exclui a responsabilidade do transportador, porque ele não é questão de *imprevisibilidade*, mas sim de *inevitabilidade*. E há outros que entendem que não excluiria a responsabilidade. O Superior Tribunal de Justiça já tem decidido dos dois modos, embora esteja se inclinando, nas últimas decisões, pela não-exoneração da responsabilidade do transportador no caso de fato doloso de terceiro, como o assalto a ônibus.

Temos a seguir a questão do fato exclusivo da vítima ou da culpa exclusiva da vítima, que é, normalmente, outra causa de exclusão de responsabilidade. A culpa exclusiva da vítima excluiria a responsabilidade do transportador? O código tratou dessa questão no artigo 738. Esse artigo dispõe: “A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, (...)”. Em outras palavras, está dizendo que o passageiro deva ter um comportamento adequado, de acordo com as regras. Dispõe o parágrafo único, que nos interessa: “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e

instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.” Eis aqui a culpa concorrente. E aí então a minha conclusão: Ora, se o código permite reduzir a responsabilidade do transportador em razão da culpa concorrente do passageiro, por mais forte razão teremos que admitir a exclusão da responsabilidade do transportador se o dano decorrer da exclusiva atuação da própria vítima. Então, mais uma vez os surfistas rodoviários, no meu entender, continuarão sem a cobertura da indenização do transportador, se o dano decorrer de fato exclusivo da própria vítima.

O artigo 741 também é consagração de entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ele trata do interrompimento da viagem. Todos nós, juizes, já decidimos hipóteses de interrupção de viagem como **overbooking** ou, melhor ainda, casos em que o avião ou, então, ônibus sofre alguma pane e tem que parar em algum lugar. Nesse caso, temos mandado pagar as despesas de hospedagem, alimentação etc. e arrumar logo um meio de transporte para levar o passageiro são e salvo ao seu destino. É isso que está no artigo 741: “*Interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível* (eis aqui o fortuito interno que não exclui a responsabilidade do transportador), *fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria (...).*”

E ainda temos um artigo importante que não existia em nenhum dispositivo legal com relação ao transporte, o artigo 742. É o direito de retenção, que foi agora outorgado legalmente ao transportador. “*O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem do passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso*”. Esse direito de retenção, que já estava previsto no Código de 1916 para os casos de depósito e hospedagem, e agora

estendido pelo novo Código também ao transportador. Muitos entendem que esse direito de retenção seria arbitrário, algo contrário à liberdade etc. de sorte que a controvérsia prosseguirá, mormente em face do Código do Consumidor.

Observo uma omissão no código no que diz respeito ao transporte de passageiro. Omissão esta que poderia ter sido suprida, porque o código teve o cuidado de não cometer essa omissão no que diz respeito ao transporte de coisas. Há uma questão que muitas vezes chega ao Tribunal e que diz respeito ao momento em que começa e em que termina a responsabilidade do transportador. Essa é uma questão importante porque uma coisa é a celebração do contrato e outra é a sua execução. Nem sempre a responsabilidade do transportador começa no momento em que se celebra o contrato. Compro uma passagem de avião, por exemplo, mas só vou viajar daqui a um mês. Se alguém, que vai viajar de avião, sofrer um acidente quando está se dirigindo para o aeroporto, a companhia aérea não tem nada a ver com isso. Mesmo que a pessoa argumente que já havia comprado a passagem, que ia viajar e que o contrato estava fechado, não importa, pois ainda não se havia iniciado a execução do contrato. Uma coisa é o contrato e outra coisa é a sua execução.

Sendo assim, seria muito importante que o código estabelecesse o momento do início da execução do contrato de transporte e o momento em que termina essa obrigação. A jurisprudência vem fazendo isto com bastante cuidado. No artigo 750, o código tratou da questão com relação ao transporte de mercadoria, mas se esqueceu ou não quis tratar disso no que diz respeito ao transporte de pessoas.

O artigo 750 dispõe: “A *responsabilidade do transportador* (e aqui já está na parte que trata do transporte de coisas, que começa no artigo 743), *limitada ao valor constante de conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus*

prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado”. Quer dizer, estabeleceu-se quando começa e quando termina o transporte de coisas, mas nada tratou com relação ao transporte de pessoas.

Há outras questões relevantes com relação ao contrato de transporte, mas como prometi não ultrapassar o tempo, vamos tratar de Contrato de Seguro. Esse contrato é também extraordinário no que diz respeito à sua relevância jurídica, econômica e política. Grandes empreendimentos se tornariam inviáveis se não fosse a segurança do seguro. E é por isso que o seguro obteve um desenvolvimento fantástico nas últimas décadas. Ele circula bilhões de dólares anualmente. Imaginem o que seria da Petrobrás, se não fosse o seguro, quando uma de suas maiores plataformas pegou fogo e afundou. Um custo de bilhões de dólares, o que abalaria a economia até mesmo de uma grande empresa. Imaginem o que seria se não houvesse uma rede de seguros e resseguros mundial. No caso da destruição das duas torres gêmeas em Nova York, não fosse o seguro esse funesto acontecimento abalaria a economia até de muitos países. É esta a importância que tem o seguro. No Brasil, de acordo com as estatísticas, somos mais de sessenta milhões de segurados nos vários seguros. Qualquer pessoa de classe média terá, pelo menos, um tipo de seguro, por exemplo, de automóvel, de saúde etc.

Então, o que vem a ser seguro? Porque ele tem esta importância, esta enorme relevância? Costumo contar um fato real que nos ajudará a compreender. Na década de trinta, quando estavam construindo a grande ponte sobre a Baía de São Francisco, nos Estados Unidos, os construtores se viram envolvidos com um grave problema: a segurança dos trabalhadores. Quem ainda hoje sobe ao cimo de uma das torres daquela ponte, com cerca de duzentos e vinte metros de altura, e olha lá de cima as águas da Baía, a centenas de metros abaixo, não deixa de ter um arrepio na espinha. Como se-

ria possível trabalhar naquelas alturas sem o pavor de se precipitar no abismo a qualquer momento? A ponte estava orçada em trinta e cinco milhões de dólares e os operários sabiam que, para cada milhão a ser gasto, havia a perspectiva de que um deles poderia perder a sua vida. Importava, então, em dizer que até a conclusão da ponte cerca de trinta e cinco trabalhadores poderiam morrer. E isto, a toda evidência, gerou pânico. Todos trabalhavam com a idéia fixa de que a qualquer momento poderia se transformar em uma daquelas trinta e cinco vítimas. Por isso a obra caminhava lentamente, causando enormes prejuízos, até que alguém teve a idéia de estender, sobre toda extensão da ponte, uma gigantesca rede de cordas. De sorte que, se algum operário caísse, haveria de ser apanhado pela rede. A rede custou oitenta mil dólares, mas revelou-se, desde logo, um excelente investimento. Tão logo ela foi estendida, os operários readquiriram a confiança, voltaram a trabalhar novamente, a obra readquiriu o andamento desejado, a ponte foi concluída no prazo previsto e, melhor do que tudo, sem o sacrifício de uma vida sequer. É que agora os operários tinham uma resposta tranquilizadora para aquela inquietante indagação: e se eu cair da ponte?

Parece-me que esse fato revela que segurança e proteção são necessidades básicas do ser humano, principalmente a partir de uma determinada classe social. A todo instante, estamos nos indagando: *“e se eu cair da ponte? e se eu morrer? e se eu ficar doente? e se minha casa pegar fogo? e se roubarem o meu automóvel?”*. E é exatamente aí que entra a idéia do seguro. Em uma linguagem figurada, poderíamos dizer que o seguro é uma espécie de rede jurídico-econômica que nos protege contra os riscos aos quais todos nós estamos expostos na vida em sociedade. Todos nós sabemos que o seguro é fundado, é alicerçado em três elementos essenciais: *o risco, a mutualidade e a boa-fé*. Costumo dizer que esses três elementos são o tripé do seguro, uma espécie de santíssima trindade, uma

trilogia do seguro. Não haverá seguro onde não houver risco, onde não houver mutualidade e onde não houver boa-fé.

O risco é o elemento básico, o elemento material do seguro. As pessoas só fazem seguro porque estão expostas a risco. Se você não sentir risco de nada, não vai fazer seguro. E risco é exatamente perigo, é probabilidade de dano. Nós fazemos seguro quando sentimos probabilidade de dano, qualquer que seja a sua natureza.

Mutualidade é o elemento econômico do seguro. É uma operação coletiva de poupança, que é feita por todas aquelas pessoas que integram um mesmo grupo de risco. Sabendo que posso sofrer um sinistro, sofrer um dano em razão do risco a que estou exposto, procuro me precaver estabelecendo algo que me possa reparar o dano se eventualmente ele ocorrer. E assim, com muitas pessoas, forma-se um fundo capaz de bancar os danos decorrentes dos riscos a que pessoas estão expostas. E, a toda evidência, terá que haver (aí está um ponto importante) o equilíbrio entre risco e prêmio. Prêmio não é aquilo que recebo de indenização, mas aquilo que pago como segurado. Terá que haver um equilíbrio, uma necessária proporcionalidade entre o prêmio pago e os riscos a que estou exposto, para formar o patrimônio adequado e necessário para bancar esses riscos. E isto é calculado através de dados estatísticos, cálculos atuariais, a lei dos grandes números e com bastante precisão. É dessa maneira que o seguro se estrutura.

Uma boa definição de seguro, calçada no princípio da mutualidade, foi aquela que nos deixou a Rainha Elizabeth I, da Inglaterra, há mais de três séculos: *“com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número”*. Mutualidade é isso, é divisão dos riscos, de tal maneira que se torne suportável por muitos aquilo que seria insuportável por poucos.

Agora, vem o terceiro elemento - a boa-fé. A boa-fé é o elemento jurídico do

seguro. Boa-fé é o elemento que liga mutualidade e risco. Mutualidade e risco jamais andarão juntos se não houver boa-fé. É a boa-fé que permite entre o segurado e o segurador uma convivência tal, que um contribua para formar um fundo, e o outro, por sua vez, tenha condições de reparar o dano, o prejuízo se, eventualmente, o risco a que está exposto o segurado vier a se materializar no sinistro. É por isso que os autores costumam dizer que a boa-fé é a alma, é a razão de ser do seguro. Onde não houver a boa-fé, haverá fraude, má-fé. Por essa razão se costuma dizer que a fraude é a maior inimiga do seguro, porque ela desestrutura o equilíbrio que tem que haver entre mutualidade e o prêmio que deve ser pago.

O Código anterior praticamente só falava na boa-fé no seguro. Costumava-se dizer que a boa-fé era um elemento do seguro, porque só no contrato de seguro ela era expressamente mencionada. Aqui, no seguro, não só temos a boa-fé subjetiva, a boa intenção das partes, mas também a boa-fé objetiva, porque, mais do que em qualquer outro contrato, esta é indispensável no seguro, que é sempre um contrato de trato sucessivo. Fazemos seguro por um período, um ano por exemplo. Então o contrato vai se prolongar e, embora as partes possam ter boas intenções no momento da celebração do contrato de seguro, se no curso do contrato, uma delas passar a ter má-fé, procurar aumentar os riscos, por exemplo, ou procurar criar obstáculos para a execução do seguro, ele se torna inviável. Então, tudo aquilo que foi dito com relação à boa-fé e que hoje está sendo cantada e decantada, pois passará a ser um princípio geral do novo Código, já era um dos elementos do contrato em geral.

Feitas essas observações, diria apenas que o novo Código vai dar ao contrato de seguro uma disciplina mais enxuta, mais racional. Há no Código de 1916 muitas disposições repetitivas e que, com o decorrer do tempo, se mostraram inúteis, desnecessárias. O novo Có-

digo fez uma limpeza, deixando apenas as cláusulas e regras que são realmente relevantes e importantes. E, como não poderia deixar de ser, os três elementos: *risco, mutualidade e boa-fé* não só persistem, mas foram ainda mais prestigiados e destacados, porque se esses elementos não forem prestigiados o seguro passará a ser absolutamente inviável.

Entretanto, o que me parece merecer destaque é o novo conceito que o Código deu ao seguro. O conceito anterior ensinava cada definição que, ***data venia***, era de chorar. Costumava-se dizer que o seguro transfere o risco do segurado para o segurador. Isso é um absurdo do ponto de vista jurídico e fático. Com ou sem seguro, quem continua em risco é o assegurado, é o seu carro, é o operário que está pendurado em algum lugar. O seguro não transfere o risco. Também não é absolutamente correto dizer que o carro foi segurado, que a pessoa foi segurada, é uma maneira de se dizer, mas não é isto que foi segurado. Então, qual é realmente o objeto do seguro? O que é o segurador?

Temos, no novo Código, uma definição que me parece muito bem colocada; está no artigo 757, que dispõe: “*Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*”. Aqui, fico realmente em dúvida, pois quem irá pagar o prêmio? Quem paga o prêmio é o segurado, por isso eu colocaria “mediante o *recebimento* do prêmio”, mas, como assim está disposto, vamos entender que onde se diz *pagamento*, leia-se *recebimento*; quem paga é o segurado e quem recebe é o segurador. Depois diz: “*garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa, contra riscos predeterminados*”. Primeiro ponto que o conceito destaca é: o segurador é um garante, por isso digo que ele é um prestador de serviço.

Os senhores vejam que, sabidamente, o Código do Consumidor, sabendo que haveria muita reação, colocou expressamente no conceito de serviço a ativi-

dade bancária, securitária etc. Inicialmente, os seguradores quiseram sustentar que não eram prestadores de serviço porque afinal de contas não prestavam serviço algum. Mas, na realidade, eles prestam serviço, eles são garantes. Mas o segurador garante o quê? Ele não garante a vida do segurado, pois com ou sem seguro, o segurado pode falecer; ele não garante que o carro estará sempre com o segurado. O que ele garante é o *interesse legítimo* que o segurado tem em relação a coisas e em relação a pessoas. Normalmente será um interesse patrimonial. O que eu quero quando faço um seguro? Quero, se o meu carro for roubado, ter o patrimônio necessário para comprar outro, para repor o meu prejuízo. É um interesse econômico. A mesma coisa ocorre com o seguro de vida. O que se quer quando se celebra um seguro de vida? A pessoa não quer morrer, ela quer viver o máximo possível, mas com a garantia, a certeza de que, se morrer, aqueles que dependem dela não ficarão ao abandono, é um interesse econômico. Quando a pessoa faz um seguro de saúde, não pretende passar dias internado na UTI, ninguém quer isso, ninguém está interessado em obter a indenização do seguro, pelo contrário, o que se quer é garantia, segurança, tranquilidade. É isso que devemos entender por interesse legítimo.

Agora, então, o Código estabelece que o que é segurado, o que é garantido é o interesse, mas há que ser um interesse legítimo. Logo, qualquer interesse ilícito, ilegítimo, ainda que celebrado com o seguro, contraria o princípio da boa-fé, contraria a própria razão de ser do seguro. Esse conceito está perfeito no meu entender. E mais ainda, destaca aqui que o interesse legítimo é garantido contra os riscos predeterminados. Há uma tendência nossa, inclusive dos magistrados, de fazer do seguro o segurador universal – “Há seguro, então paga tudo, cobre tudo”. Isso viola o princípio da mutualidade. O contrato foi celebrado tendo em vista determinados riscos, o prêmio calculado é sobre

esses riscos específicos. Aqui está o equilíbrio. A partir do momento em que se começa a incluir, no outro lado, riscos que não foram levados em consideração no momento da celebração do contrato, se está quebrando o princípio da mutualidade. Pois agora o Código, apesar de já o fazer o anterior, diz que os *riscos devem ser predeterminados*, que são aqueles que foram previstos no contrato, na apólice. Essa mesma regra é enfatizada no artigo 760, que dispõe: “A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e *mencionarão os riscos assumidos*, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário”. Mencionar os riscos assumidos é vital para se manter a mutualidade, o equilíbrio. Quanto ao *início e o fim de sua validade*, há uma discussão muito grande, em certos seguros, sobre em que momento começa ou não a obrigação do segurador; se é no momento em que celebrou a apólice, se é no momento em que se fez o primeiro pagamento ou se é depois. Essa é uma questão bastante controversa e que nos traz muita dificuldade na vida prática, quase sempre nos inclinamos em favor do segurado, segundo uma tendência natural.

O novo Código diz expressamente que vai valer aquilo que está escrito na apólice. É claro que se aquilo que está escrito violar o princípio da boa-fé, se for uma cláusula abusiva, vamos entender que isso não vale nada, é como se não existisse. Mas, se for uma cláusula razoável, como, por exemplo, que o seguro vai valer a partir de 24 horas ou após o primeiro pagamento, coisas desse tipo, nós juízes e profissionais de direito devemos respeitar porque é isso que está escrito aqui na lei. Se não houver colidência com um princípio maior, como a boa-fé, deve prevalecer aquilo que foi estabelecido na apólice para o início e fim da validade do contrato.

Temos, no artigo 763, uma cláusula que colide de frente com a jurisprudência

dência do Superior Tribunal de Justiça. Ainda não é uma jurisprudência pacífica, mas pelo menos um acórdão já vi que me deixou até bastante preocupado. O caso dizia respeito a um segurado que estava em mora, até inadimplente porque estava sem pagar o prêmio há vários meses e precisou do seguro. O segurador negou-se a pagar a indenização, levando o segurado a ingressar na Justiça, na qual teve ganho de causa. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo estando o segurado atrasado, se pagou o prêmio terá direito à indenização. É isso que preocupa, pois onde fica a boa-fé? Então, faço um seguro de automóvel e espero; se roubarem o meu automóvel, vou lá e pago o que devo, apesar de já ter ocorrido o sinistro?! Isso viola o princípio da boa-fé, isso é má-fé pura. Não vejo nenhum brilhantismo nesse entendimento, contraria a estrutura do seguro.

O artigo 763, agora *habemus legis* expressa, dispõe o seguinte: “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”. Se essa norma não viola um princípio de boa-fé, um princípio maior, creio que ela deverá ser respeitada, e, no meu entender, é uma norma até moralizadora porque impedirá em muitos casos exatamente esta posição: do indivíduo aguardar se e quando ocorrer o sinistro para só então fazer o pagamento do prêmio. Aí ele não quer, evidentemente, um seguro, pois o contrato de seguro é aleatório, ele quer uma indenização mediante um pagamento insignificante porque a indenização é muito maior do que aquilo que ele pagou.

O artigo 765 é a repetição daquilo que está no Código atual: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. Já nos referimos a isso quando dissemos que a boa-fé é alma do seguro, o seu elemento jurídico, mas é também uma via de

mão dupla porque tanto tem que haver boa-fé do segurador como do segurado.

O parágrafo único do artigo 766 é que me preocupa porque a jurisprudência é tranqüila no sentido de que o segurado só perderá o direito à indenização se de má-fé, intencionalmente, fizer afirmações que não correspondem à realidade, omitir informações que deveriam ser prestadas, informações que teriam relevância na formação do contrato. Vamos ao exemplo do seguro de saúde: faço um seguro de vida ou de saúde e não informo que sofro de uma determinada doença, ou seja, uma doença preexistente. Então, tem-se entendido que isso é uma afirmação falsa, fraudulenta e conseqüentemente violaria o princípio da boa-fé. Mas, se eu não souber que tenho uma doença, se eu não souber que tenho um problema anterior? Aí, nesse caso, não estaria de má-fé e, por isso, a jurisprudência consagrou o entendimento de que a afirmação que não corresponde à verdade só tira o direito à indenização se ela for feita de má-fé, ou seja, se o segurado, conhecendo o problema de saúde, conhecendo a doença, não a informa. Então, a boa-fé é presumida e caberá à seguradora provar a má-fé do segurado para só assim não pagar indenização. Agora o parágrafo único do artigo 766 dispõe: “Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado (pois se resultar de má-fé ele não terá direito a nada), o segurador terá o direito de resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. Aqui, em outras palavras, está dizendo que se o segurado estava de má-fé perderá tudo, se estiver de boa-fé, mas fizer uma afirmação, por exemplo, que estava sadio e, depois, constatou-se que ele tinha uma doença, o segurador pode dizer que não quer mais o contrato, que este está rompido, que não pagará a indenização e ainda irá cobrar do segurado o prêmio que este devia. Quer dizer, trata-se de uma cláusula feroz, violenta contra o segurado. Já devemos ir pensando na interpretação que lhe vamos dar.

Aqui, me parece, houve um retrocesso, mas a doutrina e a jurisprudência saberão dar o trato adequado à questão a fim de que não haja maiores prejuízos em matéria de tal importância. O Código disciplinou melhor a questão do agravamento do risco. Esse é outro ponto importante: se quando celebrarmos o contrato de seguro, estabelecemos um equilíbrio entre risco e prêmio, isso é mutualidade e este contrato de trato sucessivo irá perdurar, será necessário que as partes, na medida do possível, mantenham o **status quo**. O segurado não deve agravar os seus riscos, não deve aumentá-los sob pena de, eventualmente, causar um desequilíbrio no contrato. O Código de 1916 fala no agravamento do risco e a doutrina e jurisprudência consagraram o entendimento de que esse agravamento só exclui a indenização do segurado se for de má-fé, intencional. Por exemplo, moro em uma cidade pacata do interior, e tenha o meu carro segurado lá. De repente mudei-me para o Rio de Janeiro, onde o roubo e furto de automóveis são muito grandes. Aumentei o risco, mas, por qualquer razão, esqueci-me e não comuniquei à Seguradora e, de repente, o meu carro é roubado. A Seguradora vai alegar que se me mudei para o Rio de Janeiro e não comuniquei este fato, perdi o direito por ter agravado o risco. Há entendimento jurisprudencial no sentido de só admitir a perda da indenização quando o agravamento do risco for intencional. O certo será imediatamente comunicar o agravamento do risco, mas este só excluirá a indenização se houver intencionalidade.

Agora o artigo 768 é claro:: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Não havendo agravamento intencional, evidentemente não haverá que se falar em perda da indenização.

Uma outra norma importante, e que de certa maneira bate de frente com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é a do artigo 781. Os senhores se lembram da questão con-

trovertida com relação a seguro de automóvel: se a indenização deveria ser pelo preço de mercado ou se pelo valor da apólice. Essa questão foi muito discutida e há razões para os dois lados. A alegação principal é esta: a indenização não pode ser maior do que o valor da coisa. Quando foi feito o seguro do automóvel o seu valor era cinqüenta mil – esse é o valor da apólice – mas quando ocorreu o sinistro só valia quarenta mil. Qual deve ser o valor da indenização? Cinqüenta ou quarenta mil? Para a seguradora quarenta porque este é o valor atual do bem. Mas o segurado pagou o prêmio sobre cinqüenta. Isso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que, inicialmente, entendeu que era o valor do mercado e depois deu uma guinada em embargos de divergência em um acórdão em que havia estabelecido o valor do mercado. O relator foi o nosso estimado Ministro Waldemar Zveiter. A partir desse momento, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que deverá ser o valor da apólice.

Agora, temos aqui o artigo 781 que me parece ser um obstáculo a esse entendimento. O artigo 781 dispõe: “A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”. Em caso de mora do segurador, manda-se pagar juros e correção monetária. Ao que tudo indica, a discussão será reiniciada no sentido de saber se essa posição do Superior, a partir do Código novo, está em vigor ou não.

Temos outra norma importante no artigo 785 e que também consagrou o entendimento predominante. **A** tem o seu automóvel segurado, vende-o para **B**, transferindo-lhe o seguro. Depois que o automóvel já está em poder de **B**, é roubado ou furtado. Aí o **B** vem pedir o seguro mas a seguradora alega que tinha seguro com **A**, e que este ao transferir o automóvel sem nada avisar, agravou o risco, razão pela qual não pagará a indenização. Há no Código de 1916, uma certa dúvida se era ou não possível essa transferência do seguro. Hoje, o artigo 785 consagra o entendimento que prevaleceu na

doutrina e jurisprudência: “salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado”.

Outra questão que foi construção da doutrina e da jurisprudência está consagrada no artigo 786: a sub-rogação. Quando ingressei na magistratura, uma das questões tormentosas era se o segurador tinha ou não o direito de sub-rogar-se nos direitos do segurado depois de pagar a indenização. Havia teses para todos os lados. Finalmente a jurisprudência do STF, cristalizada na Súmula nº 188 consagrou o entendimento de que o segurador sub-roga-se no direito do segurado. Essa súmula está hoje positivada no artigo 786 que dispõe: “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”. O parágrafo primeiro tem uma certa exceção que não nos interessa no momento. Os artigos 787 e 788 trataram de duas questões tormentosas: no seguro de responsabilidade civil, há uma corrente que há muito tempo vinha defendendo a admissibilidade da ação direta do terceiro contra o segurador. Uma pessoa tem seguro de responsabilidade civil, com relação ao seu automóvel, bate em alguém e, de repente, esse que causou o acidente não tem condições de reparar o dano, mas o segurador tem. Então, a questão é essa: se a vítima, se o terceiro que sofreu o prejuízo poderia mover ação indenizatória diretamente contra o segurador. Há muito tempo que essa idéia vem sendo trabalhada no sentido de que pode. O Código do Consumidor deu um passo avançado; embora não permita a denúncia da lide ao segurador, porque senão ele vem para complicar o processo, permite, todavia, o chamamento ao processo. E se ele é chamado, a execução pode ser feita diretamente contra o segurador. Era a oportunidade de se dar um passo e de se estabelecer a ação direta contra o segurador no caso de responsabilidade civil. O artigo 787 não o fez, dispondo o

seguinte: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º estabelece uma série de exigências para que o segurado não perca esse direito.

No artigo 788, entretanto, admitiu a ação direta, no caso de seguro obrigatório, mas não no caso do seguro de responsabilidade civil. “Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistros será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”. E essa é a norma que me parece deveria estar lá no artigo 787 também. Seria um avanço, eliminaria uma carrada de ações que ainda hoje acontecem, o que de certa maneira, na prática, muitas seguradoras já fazem. Quando ocorre o acidente o veículo é encaminhado para uma oficina autorizada e ali consertado diretamente.

Com relação ao seguro de pessoas, gostaria de destacar apenas dois dispositivos: o primeiro deles é o artigo 793, que também é uma consagração na lei daquilo que foi construído pela jurisprudência. Quando entrei na magistratura, se alguém fizesse um seguro de vida para a sua concubina (que era um palavrão), não teria validade. Construiu-se, debateu-se, discutiu-se e a jurisprudência praticamente só não admite como beneficiária do seguro a amante. Mas no caso de companheira, de convivência, admite-se tranquilamente o seguro em seu favor. O artigo 793 agora consagra essa regra: “É válida a instituição do companheiro como beneficiário se, ao tempo do contrato, o segurado era separado judicialmente ou já se encontrava separado de fato”. Não precisa nem ser a união estável. Se houver separação de fato, será válida a instituição, vai desaparecer do novo Código Civil, portanto, o artigo 1.474 do Código de 1916 que dispõe: “não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida e receber a doação do segurado”.

Por último, gostaria de destacar o artigo 798, muito curioso pois agora va-

mos ter suicídio com prazo de carência. Os senhores sabem que, com relação ao suicídio, a jurisprudência, tanto do Supremo como do Superior Tribunal de Justiça entendeu que só não é devida a indenização, se se tratar de suicídio premeditado. É raríssimo o caso de suicídio premeditado. Quase sempre é fruto de depressão e por isso a indenização é sempre devida, até porque provar a premeditação não é fácil. Essa prova caberia ao segurador. O artigo 798 dispõe o seguinte: “O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”. Se a finalidade aqui era afastar a premeditação, acabou-se estabelecendo apenas um prazo maior de premeditação. Agora, será preciso planejar um suicídio com no mínimo dois anos de antecedência. Se é curioso ou não, é o que está escrito aqui. O legislador entendeu que ninguém vai premeditar um suicídio com dois anos de antecedência, de sorte que se o suicídio ocorrer dois anos após o seguro, presume-se que não foi premeditado. Mas se ocorrer antes, ainda que seja um infeliz, com profunda depressão, em um estado de alucinação etc, mesmo assim, se aplicarmos a lei, como está escrito, não haverá indenização. É claro que aqui também vamos ter que fazer distinção, cada caso é um caso. Se evidenciado que o suicídio decorreu de uma situação de angústia, de aflição, de perturbação, de depressão devida será a indenização. Talvez será caso de se inverter o ônus da prova. Durante esses dois anos, terá que se provar que o suicídio não foi premeditado. Depois de dois anos, haverá uma presunção absoluta de que o suíci-

dio não foi premeditado. A interpretação que faço, desde agora, é que nesse período de dois anos será preciso provar que o suicídio não foi premeditado. Depois dos dois anos haverá presunção absoluta de que não houve premeditação.

Encerro, relatando a história de um menino, que morava no interior de Minas Gerais, e que um dia veio passear no Rio de Janeiro, com a sua mãe, onde teve a oportunidade de conhecer o mar. Foi um deslumbramento. Brincou na praia, catou conchinhas, pulou ondas e quando retornou a sua cidadezinha natal, relatou empolgado ao seu avô a sua nova aventura. E terminou o seu relato fazendo uma pergunta: vovô, você também conhece o mar? Ele que era um velho marujo, com mais de trinta anos de navegação, ao se lembrar, em um instante, das suas profundas experiências com o oceano, respondeu com certa insegurança que também conhecia o mar.

Um novo Código Civil é um oceano, pois aqui está toda a estrutura da ordem jurídica brasileira. Estou querendo dizer que esse oceano que está aqui diante de todos nós pode ser conhecido de duas maneiras: pode ser conhecido como por aquele menino que brincou na praia e imaginou que conhecia o mar, e pode ser conhecido como por aquele marujo, que navegou trinta anos no oceano, enfrentou todo tipo de tempestade e ainda tinha certa insegurança ao dizer que conhecia o mar. Todos nós teremos que navegar nesse novo oceano, e isso começará no dia que esse Código entrar em vigor. Poderemos ficar na praia, brincando, ou poderemos iniciar uma viagem fantástica e que não terá fim. O objetivo da EMERJ é estimular a todos a que conheçamos profundamente esse Código e posamos assim dar a ele a aplicação que ele merece. Obrigado pela atenção. 